PER
D. LUIGI DEL DUCA.

NELLA SUPREMA CORTE DI GIUSTIZIA.

INDICE.

§. 1. Prenozioni di fatto necessarie per la intelligenza della causa attuale.

D. Luigi del Duca trovasi possessore di una casina, di un territorio, e di più censi messi sulla strada Regia che mena a Portici, e precisamente nel sito appellato Pietrabianca. Egli comperò questi beni da Francescantonio di Martino, cioè a dire la casina nell' anno 1811 per ducati 1500; ed il territorio ed i censi nel 1816 per duc. 2000.

Lo strumento del primo acquisto fu trascritto nel 1835; quello del secondo nel medesimo anno in cui ebbe luogo, vale a dire nel 1816.

Egli pacificamente viveva, godendo delle sue proprietà, allorquando insorse il Cav. D. Giuseppe Comi, che pretese esercitare contro di lui azione ipotecaria, nientemeno che per duc. 4500 di sorte, oltre un grosso cumolo d' interessi. Del Duca era costituito nella dura posizione di non poter rilasciare il fondo, il quale da umile casa di campagna era stato trasformato da lui in magnifico palagio, a motivo della sua totale riedificazione.

Ebbero luogo due valutazioni giuridiche in prime, e seconde cure, le quali elevarono il valore dello speso da del Duca alla ingente somma di ducati 30500 in circa.

Comi, che prevedeva le infelici conseguenze di tale giudizio, piegò agli accordi di pace, e transigette le sue pretensioni.

Ebbesi duc. 4800, e cedè a del Duca tutte le sue ragioni, diritti, gradi e privilegî, che vantava per titoli secolari contro di di Martino.

Non appena del Duca declinava da un primo frangente, che ne incontrava un secondo nel marchese D. Michele Cito.

Costui nel 1810 ebbe ceduti dal medesimo di Martino varî cespiti con l'obbligo della evizione specificamente convenuta sopra i beni, che di poi vendè a del Duca.

Cito patì nell'anno 1825 una parziale evizione.

Divisò per riscattarsi del danno di precettar del Duca nel giorno 15 di luglio del 1834, o di pagargli duc. 525. 86, insieme agl'interessi dal 1822 in avanti, o di rilasciare i beni, dei quali era possessore.

Costui ritorse le armi contro di Cito, e pretese nel giorno 25 di agosto dell'anno medesimo, che o rilasciasse i cespiti ricevuti in pagamento da di Martino nel 1810, o gli pagasse duc. 9000, per effetto della cessione riportata dal Cav. Comi nel 1822. Aggiungeva, che Cito non aveva ipoteca costituita sopra i fondi da lui posseduti: Che il suo diritto e la sua azione erano rimasi novati colla convenzione appunto del 1810: Che l'acquisto del territorio e de' censi era stato trascritto sin dal 1816, e perciò l'esercizio della ipotecaria era estinto: Che infine si faceva luogo alla compensazione nello scontro del credito di Cito e di quello di Comi, del quale era egli cessionario.

Cito replicava: Che egli aveva trascritto fin dal momento dello acquisto il titolo di sua proprietà: Che aveva precisamente ipoteca costituita sopra i fondi controversi: Che questa non era prescritta, mentre era nata in lui l'abilità di potere agire nel 1825, epoca della sofferta evizione: Che nissuna eccezione poteva difendere del Duca dagli effetti della ipotecaria, e che per-

ciò altro scampo non gli rimaneva, che o soddisfare il credito, o abbandonare il fondo, per quindi procedersi ad un giudizio di espropriazione forzata.

Del Duca non si rimaneva dall' obbiettare di essersi estinta la ipoteca per lo disfacimento della casina data in pegno, e perciò di non potere avere il suo corso il precetto, ed il desiderato giudizio di espropriazione. Era fondamento di tale replicazione il non esistere più lo stabile, e per vedersene surrogato un' altro castosissimo fatto da lui in buona fede, atteso il crollamento del primo per evento fortuito, e dipendente dalla sua vetustà.

§. 2. Prosieguo della narrazione dei fatti - Provvidenze rendute dalla G. C. civile sull' oggetto, e che ànno fatto passaggio in autorità di cosa giudicata.

Il tribunal civile dichiarò ambo gli attori mancanti di azione per tormentarsi a vicenda. Non vide però le cose a questo modo la G. C. pronunziando sopra dei vicendevoli gravami.

Viene avanti una prima decisione del dì 30 di settembre del 1835, così concepita.

Quistioni.

« L' azione ipotecaria spiegata dal Marchese Cito » contro D. Luigi del Duca per quanto ha rapporto » al territorio ed al canone di Pietrabianca, è d' essa » prescritta?

» Nell' affermativa il casino sito nel luogo mede- » simo nel 1787 fu soggetto all' ipoteca a favore di » Cito? Può allo stato ordinarsi il pagamento o il ri- » lascio del casino medesimo?

» È del pari prescritta l' azione ipotecaria provo- » cata da del Duca contro Citò? Le spese?

Sulla prima.

» Ha considerato che nei termini dell' art. 2074
» n.° 5 delle LL. CC. l' azione ipotecaria sopra i beni
» posseduti da un terzo possessore si prescrive col de-
» corrimento di anni 10 a contare dal giorno della
» trascrizione del titolo di acquisto. Che nella specie
» D. Luigi del Duca avendo comprato il terrirorio,
» ed il canone enfiteutico in Pietrabianca con pubblico
» istrumento del 23 marzo 1816, nel 13 susseguente
» mese di aprile procedette alla trascrizione dell' istro-
» mento stesso.

» Che quindi da quell' epoca sino al tempo in cui
» fu spinto l' ordine di pagamento o di rilascio, essendo
» decorso al di là di un decennio l'azione è prescritta.

» Che invano si ricorre alla disposizione dell' ar-
» ticolo 2163 per evadere la prescrizione; impercioc-
» chè siffatto articolo riguarda solamente il tempo da
» potersi sperimentare un'azione per garentia, e giam-
» mai gli effetti di un ipoteca, sia determinata, sia
» eventuale contro del terzo possessore su i quali la
» legge indistintamente ha fissato un decennio.

Sulla seconda.

» Ha considerato che il casino per lo quale è di-
» sputa fu con lo strumento del 1787 espressamente
» soggettato all' ipoteca del Marchese Cito percui fu
» aggiunto che rimaneva per allora sospesa pendente
» il giudizio di reclamazione in Suprema Corte, ed
» ove fosse rimasto rigettato, era egualmenle che gli
» altri passibili dell' ipoteca: giudizio che ebbe termine
» con una transazione.

» Che simile casino però stante la sua vetustà
» crollò per la massima parte secondo appare da al-

» cune perizie fatte nello interesse di un limitrofo con-
» dominio, e dall' estratto rilasciato dalla direzione
» de' dazî diretti.

» Che stante un tale avvenimento la ricostruzione
» è stata in buona fede eseguita sul suolo, e su gli
» avanzi de' materiali soggetti ad ipoteca. Quindi non
» conoscendosi allo stato qual parte del casino fosse
» passibile dell' ipotecaria, non trattandosi di sempli-
» ci abbellimenti, o migliorazioni, ma invece di ri-
» costruzioni, così a tutelarsi i dritti delle parti fa
» d' uopo conoscere il valore della parte soggetta al-
» l' ipoteca, sia perchè tuttavia esistente, sia perchè in
» altro modo qualunque distratta.

Sulla terza.

» Ritenute le osservazioni fatte nello sviluppo della
» prima quistione, l' azione di del Duca è egualmente
» prescritta.

» Che in fine la natura e rango di ciascun cre-
» dito non è a conoscersi nell' attuale sede, ove la di-
» scettazione addiviene estranea.

Sulla quarta.

» Poichè la causa non va decisa interamente così
le spese sono riserbate alla spiega delle ulteriori prov-
» videnze in merito.

» Per tali motivi la G. C. civile pronunziando
» parte diffinitivamente, e parte interlocutoriamente
» sopra i rispettivi appelli prodotti contro la sentenza
» renduta dal Tribunale Civile di Napoli nel 5 dicem-
» bre 1834, vi fa dritto, e rivocando la sentenza me-
» desima dichiara ed ordina come appresso.

» 1.° Dichiara prescritta l' azione spiegata da Cito

» contro del Duca, per ciò che ha rapporto all' ipote-
» caria sopra il territorio, e canone in Pietrabianca, ed
» annulla per l' oggetto il precetto spiccato con atto
» del 15 luglio 1834 per l' usciere Zuardi.

» 2.° Dichiara egualmente prescritta l' azione ipo-
» tecaria provocata da del Duca contro Cito relativa
» agli annui canoni enfiteutici di duc. 16, e 4. 07,
» e per conseguenza annulla il precetto del 25 agosto
» 1834 per l' uciere Ortega de Luna.

» 3.° Di rapporto poi al casino in Pietrabianca
» prima di decidere in merito, ordina che ove le parti
» tra tre giorni a decorrere dal dì della intimazione
» della presente decisione non converranno nella elezio-
» ne di uno o tre periti, rimarranno da ora eletti
» D. Giuseppe Minervini, D. Gabriele de Simone, e
» D. Nicola Stefano, i quali dopo aver prestato il giu-
» ramento presso del giudice sig. de Conciliis che ri-
» mane all' oggetto delegato, accederanno sopra luogo
» ed ivi intesi i rilievi delle parti, ed osservate le
» perizie eseguite nello interesse di del Duca, proce-
» deranno alla valutazione del suolo del casino in tutte
» le parti antiche del casino stesso, e di tutto il ma-
» teriale di cui nella riedificazione o se ne sia usato,
» o che abbia potuto distrarsi in ogni altro modo qua-
» lunque, facendone di tutto dettagliato rapporto a
» questa G. C., in seguito di che saranno spiegate le
» ulteriori provvidenze in merito. Tale perizia sarà
» proccurata tra 20 giorni dalla intimazione dell' at-
» tuale decisione a cura e spese di del Duca. Spese
» riservate.

» Esecuzione allo stato ritenuta.

Del Duca procurò a proprie spese la perizia, la quale accuratamente eseguita, presentò la somma di ducati 643. 80, vale a dire ducati 403. 80 per lo valore del suolo, e ducati 240 per quello de' materiali.

Ritornata la causa per le provvidenze diffinitive, la G. C. medesima nel giorno 29 di agosto del 1836 decise così.

Quistioni.

» La decisione del 30 settembre 1835 è una mera » interlocutoria nei sensi degli articoli 135 e 515 delle » LL. di procedura nei giudizi civili, in modo che potesse rivocarsi nella difinitiva?

» Nella negativa è regolare e corrispondente il valore attribuito da' periti al suolo, e materiali del casino disputato, prima della sua ricostruzione?

» Ove fosse a ritenersi la valutazione fatta dai periti, in qual modo dovrà essere ripartito il prezzo risultante dalla medesima? Le spese?

Sulla prima.

» Ha considerato che comunque fosse vero che le » decisioni interlocutorie, preparatorie e provvisionali » nei termini degli articoli 135, e 515 delle leggi di » procedura nei giudizi civili non ligano giammai il giudice, ancorchè si pronunzia nel diffinitivo avendo sempre il potere di rivocarle, è egualmente vero impertanto che la decisione del 30 settembre 1835 di cui è » disputa non è interlocutoria nella sua sostanza, ma in » realtà è essa diffinitiva nella assenza, ed interlocutorie poi nelle conseguenze della dichiarazione diffinitiva.

» In fatti guardata la quistione che la G. C. si propose cioè, se poteva del Duca essere obbligato al pagamento, o al rilascio del casino, ed il modo côme si » espresse nella motivazione, osservando che stante la » vetustà, crollamento, e riedificazione del casino stesso eseguite in buona fede, non era giusto obbligarsi il » terzo possessore al rilascio dell' intero, ne conseguiva

» che il capo interlocutorio, col quale venne ordinata la
» valutazione del suolo e materiali fu subordinato all'al-
» tro virtualmente definitivo che ritenne di non potersi
» obbligare il terzo possessore al rilascio, tanto maggior-
» mente, che i periti non ebbero altro incarico se non
» che quello della sola parte interlocutoria.

» Che quindi non essendo nella essenza la cennata
» decisione pura interlocutoria, non è perciò soggetta a
» rivoca avendo già fatto passaggio in cosa giudicata, ed
» in conseguenza non sono attendibili le osservazioni e
» le deduzioni fatte per l'oggetto.

» Che vanamente si declama contro l'errore di fat-
» to in riguardo al crollamento; imperciocchè esso risul-
» ta dall'estratto delle disposizioni rendute per l'oggetto
» sudetto dalla Direzione de' Dazî Diretti, quale è a re-
» putarsi un atto legale e solenne, e sarebbe un' ardi-
» mento il supporre solamente che una pubblica ammi-
» nistrazione, qual'è la Direzione de' Dazî Diretti avesse
» mentito nel favore di un particolare, facendo supporre
» crollato un edifizio che in realtà non lo era.

Sulla seconda.

» Ha considerato che la perizia eseguita per dispo-
» sizione di questa G. C., lungi dall'essere arbitraria
» racchiude tutti gli estremi analitici e necessarî, dai qua-
» li dipende come di conseguenza la regolarità del prez-
» zo determinato.

» Che non giova riportarsi allo stato attuale del ca-
» sino per quanto riguarda la sua estensione, ed a tal
» modo magnificare il prezzo del suolo; imperciocchè ol-
» tre all'osservare che nel riedificarsi fu ampliato di mol-
» to nella sua continenza, giova avvertire che il cennato
» casino fu nel 1811 comprato dal terzo possessore in
» seguito di regolare apprezzo per duc. 1500. Or non

» saprebbe a fronte di questo fatto solamente concepirsi
» arbitrio nei periti a favore del terzo possessore, al-
» lorchè si sostiene di aver essi attribuito al ridetto suo-
» lo e materiali un valore minimissimo, nell'atto che lo
» hanno valutato 643. 80.

Sulla terza.

» Ha considerato che stabilito il valore del suolo e
» materiali, la somma risultante dal medesimo supplisce
» a quello stabile soggettato all' ipoteca, e che per cir-
» costanze straordinarie ed imprevedute non può venire
» rilasciato nè venduto, stante che il proprietario, quale
» è il terzo possessore di buona fede ha costruito sul
» medesimo un magnifico casamento di massimo valore.

» Che però questa misura di giustizia se da un la-
» to priva il creditore ipotecario del beneficio dell'asta,
» non deve per l' opposto ridondare all'assoluto suo dan-
» no, col vedersi escluso o in tutto, o nella massima
» parte dallo stesso terzo possessore ove questo compa-
» risse ne' termini delle disposizioni racchiuse nell' arti-
» colo 2071 delle leggi civili a far valere le sue ragio-
» ni, sia direttamente, sia per subingresso; impercioc-
» chè oltre all'osservare che non effettuandosi il rilascio,
» sarebbe a disputarsi se avrebbe egli dritto di valersi
» della enunciata disposizione di legge, è da considerarsi
» ancora che il fatto di del Duca, comunque di buona
» fede, non deve interamente ridondare nel suo assoluto
» vantaggio, e nel danno del sig. Marchese Cito.

» Che per conseguente il valore per cui è esperibile
» l' ipoteca resta interamente attribuito al sig. Marchese
» Cito per conto del suo capitale ed interessi.

Sulla quarta.

» Visto il disposto dell' art. 222 delle leggi di pro-
» cedura nei giudizî civili, e considerando che le parti
» vingono e soccumbono reciprocamente, così le spese
» si possono compensare.

» Per tali considerazioni.

» La G. C. civ. pronunziando diffinitivamente, e
» spiegando le provvidenze riservate con la sua preceden-
» te decisione del 30 settembre 1835, omologa l'apprez-
» zo eseguito nel 25 aprile 1836 per duc. 643. 80, e
» condanna D. Luigi del Duca a pagare a favore del
» Marchese D. Michele Cito i ridetti duc. 643. 80.

» Le spese compensate.

» Esecuzione al Tribunale civile.

Chi riposatamente rifletterà sopra la sorte dei contendenti, si persuaderà facilmente, che qualora vi avesse dovuto essere uno che tra loro si lamentasse, questi al certo avrebbe dovuto ravvisarsi in del Duca, che dopo una serie di giudizî e di travagli, compiva il presente con una condanna diretta a favor di Cito nel punto, che avrebbe potuto sopra quel prezzo sperimentare almanco le ragioni di Comi in concorso di lui in un giudizio di collocazione. Ciò non pertanto del Duca voglioso più di pace, che di brighe quietò alla condanna pronunziata dalla G. C. civile; ma non così Cito guidò i passi suoi. Egli à denunziato alla Corte Suprema ambe le decisioni memorate di sopra, dimostrando così le sue brame smisurate. Ma se ciò è riprensibile davanti al tribunale della ragione, diviene riprovevole la bizzarria de' suoi procedimenti innanzi a quello della legge. Chi il crederia! Cito attacca con ricorso anche la prima decisione, che à fatto passaggio in autorità di cosa solennemente giudicata. Egli impugna la seconda decisione dipendenza ed effet-

to della prima, dopo di averla volontariamente eseguita a segno di aver compulso del Duca a pagargli i duc. 643. 80, ai quali venne condannato; somma che à introitato insieme alle spese di esecuzione, senza neanche le vaghe e solite voci di riserba; già molti mesi prima di pensare al ricorso per annullamento. In altri termini Cito vuole, che la Corte Suprema strugga quelle decisioni, che egli stesso à spontaneamente ed interamente eseguite. Questi peradossi non si udiranno pazientemente al certo dalla Corte tutrice delle leggi - Essa li sbandirà come di tristo esempio, e di massima offesa della giustizia, la cui gelosa osservanza è commessa al sublime suo ministero.

Il presente lavoro va dunque naturalmente diviso in due parti, cioè a dire in quanto alla irrecettibilità del ricorso, ed in ordine al merito del medesimo; nella trattazione delle quali fia nostro scopo mostrare le pretensioni del ricorrente strane, ed irragionevoli.

CAPO I.

Discussione de' fatti ed atti di esecuzione praticati volontariamente dal ricorrente - Egli à pienamente eseguito le decisioni, di che si duole.

Il marchese Cito non riposò dopo la pronunziazione della condanna de' 29 di agosto del 1836. Egli spedì la decisione, e la intimò nel giorno 27 di settembre di quell' anno, non meno al del Duca, che al suo patrocinatore D. Luigi Mariano Guarino. Egli si riserbò nell' atto della notificazione lo sperimento dei legittimi gravami.

Se quì finissero le operazioni di Cito, certo che non vi sarebbe a ridire a riguardo del suo ricorso. Questo sarebbe ricevibile senza veruna contraddizione.

Ma Cito dormì per quattro mesi dopo la intimazione, ed in quel sonno obbliò le proteste e le riserbe da lui fatte. Si ridestò nel 14 di gennaio del 1837, e per effetto di quella decisione appunto, che faceva le viste di volere distruggere spiccò precetto per lo pagamento dei duc. 643. 80 in questi termini.

L' anno 1837 - Il giorno 14 gennaio. Ad istanza del sig. Marchese D. Michele Cito domiciliato vico Fico al Purgatorio ad Arco, ed elettivamente nel suo casino in Portici, ED IN VIRTU' DI DECISIONE DEL 29 AGOSTO 1836, *intimata con tutte le riserbe di ragioni,* COME CON LE STESSE RISERVE S' INTENDE ESEGUIRE *con atto del 27 settembre detto anno. Io Vincenzo Palermo usciere ec. ò* FATTO PRECETTO *in nome del Re e della legge al signor D. Luigi del Duca domiciliato in Portici luogo detto Pietrabianca di* PAGARE PRONTAMENTE *all' istante, ovvero a me usciere latore di detto titolo la somma di duc. 643. 80* DOVUTI COME DA DETTA DECISIONE, *senza pregiudizio di ogni altra ragione, diritto ed azione,* IMPORTO DEL PRESENTE ATTO, E SPESE DI ESECUZIONE. *Gli ò dichiarato infine, che mancando all' ingiunto pagamento, l' istante scorsi i termini del rito* PROCEDERÀ PER TUTTE LE VIE DI LEGGE, E SPECIALMENTE AL PEGNORAMENTO DEI DI LUI BENI MOBILI.

In vista di cotesta minaccia, nella quale mentre si leggono languidamente gittate le riserbe, non più di gravami, ma di ragioni e di rimboso del costo di atti esecutivi, si manifestava nella maggior fermezza la volontà di Cito in volere eseguire, e cogliere i frutti della decisione; del Duca appagò le sue voglie.

Cominciò per pagare il costo del precetto nella somma di un ducato e grana otto contro ricevo del dì 30 di gennaro del volgente anno, e finì per soddisfare i ducati 643. 80 con fede di credito de' 28 del mese

medesimo, passata al Banco il dì 3 di febbraio di quell' anno stesso.

È rimarchevole che, nè nel ricevo, nè nella fede di credito Cito rammenta per ombra le sue vane ed effimere riserbe di quei futuri gravami, ai quali si precludeva l'ingresso col fatto proprio.

Il ricevo parla così: *Dichiaro io qui sottoscritto di aver ricevuto dal sig. D. Luigi del Duca ducato uno e grana otto* PER IMPORTO DEL PREVENTIVO ESEGUITO PER ESIGERE LA SOMMA DI DUCATI 643. 84, DI CUI È STATO CONDANNATO IN FORZA DELLA DECISIONE DELLA SUPREMA CORTE DI NAPOLI DEL DÌ 29 AGOSTO 1836. *Napoli 30 gennaio 1837 - Michele Cito marchese di Acerno.*

La fede dice quanto segue: *Al sig. Rosario Luigi del Duca duc. 643. 84 fede de' 28 gennaio 1837.*

E per me pagate al marchese Michele Cito, e detti sono QUELLI STESSI, CUI MI TROVO CONDANNATO IN FORZA DI DECISIONE DELLA SECONDA CAMERA DELLA G. C. CIVILE DI NAPOLI DEL 29 AGOSTO 1836.

E CON TAL PAGAMENTO RESTA DETTO MARCHESE CITO SALDATO E SODDISFATTO, SENZ' AVERE ALTRO A PRETENDERE PER TAL CAUSA, *con espressa riserba, che con tal pagamento, non s' intendono punto, nè poco pregiudicati tutt' i* MIEI DIRITTI RAGIONI ED AZIONI *contro di chi, e come per legge per l' indennizzo non solo dell' attuale somma che da me si paga, ma benanche di tutti i danni, spese, ed interessi sofferti per tal giudizio. Rosario Luigi del Duca - Michele Cito.*

Della serie di questi fatti figli di un tenace proponimento di volere eseguire la decisione, che anzi dalla piena esecuzione della medesima recata al suo termine con la riscossione della somma caduta nella condanna, e delle spese di giustizia degli atti coattivi da parte del marchese Cito, sorge evidente e sicura la conseguenza, che egli non possa ora sforzare la Corte Suprema

ad annullare come ingiusta quella decisione tanto stimata giusta da lui medesimo, che ne à curato lo eseguimento, e di quella ne à gustato anche le conseguenze e gli effetti.

Invano si ricorrerebbe al presidio di quelle vaghe riserbe e di comune dettato degli uscieri messe nella intimazione delle decisioni; perciocchè le riserbe anche espresse e precise non prevalgono a' fatti contraddittorì; che le distruggono; ma questi come positive dichiarazioni di operazioni permanenti ed attuali spengono ed annullano le proteste, che tutto al più sono la promessa vaga di un fatto futuro e contingente.

La cotanto ammirabile armonia fra le regole del diritto, gli ammaestramenti della scuola, e le massime professate nel foro è figlia della eterna verità di ragion naturale, che nissuno può avere due volontà opposte e contrarie nello stesso punto. Mantenere in piedi due cause, che si distruggono fra loro; reclamare gli effetti ricalcitranti di entrambe; affermare che l'essere, ed il non essere stiano bene insieme; far valere questo e qnello, secondo la propria utilità consiglia col danno altrui è cosa incomportabile e penosa. Manifestata una volontà decisa, e ridottala da potenza in atto, qualunque proponimento contrario torna vano: prescelta una causa, la opposta rimane senza vita: conseguiti gli effetti dalla causa preferita, non rivive ad arbitrio, nè la causa abbandonata, nè gli effetti da essa emergenti.

§. 3. Gli assiomi del dritto civile e del diritto canonico: *protestatio contraria facto non relevat; protestatio actui contraria, vel effectui actus, inutilis est*: si applicano nella specie con argomenti dal meno al più.

Gli enunciati assiomi, che in diversi termini presentano la stessa regola, e le conseguenze di essa, sono fondati principalmente sulla legge *Non solum*, §. *morte, D. De operis novi nunciatione*; sulla legge 22 *Cod. De transactionibus*, sulla legge 34 *D. De negotiis gestis*, per tacer delle altre, le decisioni delle quali emanano dallo stesso principio.

Bartolo nel comento alla prima delle citate leggi; Brunemanno nel comento alla seconda; Fabro ne' suoi razionali sulla terza van ripetendo tali assiomi; e ne danno per ragione, *quoniam facta verbis praevalent*.

Il Graziano nelle sue discettazioni forensi (1), l'Altogrado ne' suoi consigli (2), il Mascardo nel suo trattato *de probationibus* (3), il Gailo nelle sue osservazioni pratiche (4), il Pothier nel suo trattato delle successioni (5), e da ultimo il Merlin, passando sotto silenzio altro stuolo innumerevole di giureconsulti e di magistrati; tutti ànno insegnato, ed applicato costantemente la regola intorno a cui siamo occupati.

Merita ancora di esser ricordato il chiarissimo cardinal Tuschi, il quale di proposito nella sua conclusione 944 tratta l'argomento, *protestatio contraria facto non relevat*; e fra le ampliazioni pone quella, *ut idem sit in protestatione contraria effectui actus, non*

---

(1) *Cap.* 962, *n.* 31, *e* 47.
(2) *Cons.* 1 *n.* 27, *et* 28, *et IX. n.* 9.
(3) *Conclus. XLVII*, *n.* 11.
(4) *Lib. I*, §. 73, *n.* 5.
(5) *Sez. III*, *art. I*, 5 1.

autem contraria facto, quia in iis, quae dependent a voluntate mera protestantis, protestatio non relevat.

La protesta, che inutilmente accompagna il fatto, ovvero l'effetto dell'atto contrario ad essa è assolutamente distrutta ed annientata dal fatto, o dall'atto susseguente contrario.

Per non dipartirci dal Tuschi, quì richiamiamo le decisioni, o meglio le sentenze ricevute nella scuola e nel foro, ch'egli con tanta industria, e sopraffino discernimento raccoglie.

Amplia; quia protestatio tollitur, et cessat per actum subsequentem contrarium. Extende; quia semper factum contrarium sabsequens, receditur a protestatione, vel reservatione, late Surdus consil. 136, n.° 42. *Ubi dat multa expempla,* QUOD RECIPIENS PRAETIUM RENUNCIAT RESOLUTIONI CONTRACTUS; *qui petit restaurum, approbat locationem; recipiens implementum transactionis, remittit poenam.*

Amplia; quia potius attenditur factum contrarium, quam protestatio. Fulg. consil. 146 circa finem.

Amplia; quia factum contrarium de directo protestationi tollit praecedentem protestationem, etiamsi gerens actum dicat, sine praejudicio jurium suorum facere, quia intilligitur de aliis juribus, quam ab actu contrario dependentibus, Decius, cons. 285, n.° 14.

Non solamente la nuda protesta, ma lo stesso gravame, ove per avventura fosse stato già prodotto, si tiene per rinunnziato, allorchè s'imprende a volere l'effetto della sentenza: *quia is* (e tuttavia il Cardinal Tuschi che ne ammaestra), *qui comparet coram judice a quo, et allegat effectum sententiae, a qua est appellatum, sine praejudicio, appellationi renunciasset* (1).

---

(1) Vedete i numeri 4, 7, 12, 13, 18, e 19 della citata conclusione.

Questa decisione è fondata su d' una legge degli Imperadori Diocleziano e Massimiano, i qulai stabiliscono acquistar la sentenza forza di cosa giudicata per la semplice dilazione, che il succumbente chieda al pagamento dal giudice che l' à condannato; ed in generale per qualunque atto, che pruovi l' acquiescenza alla sentenza, non ostante che il gravame già siasi interposto: *Ad solutionem dilationem petentem, acquievisse sententiae manifeste probatur: sicut eum, qui* QUOLIBET MODO SENTENTIAE ACQUIEVERIT. *Nec enim instaurari finita rerum judicatarum patitur auctoritas* (1).

Il Brunemanno bellamente esemplifica il testo a questo modo: *Sententia contra me lata est in causa pecuniaria,* APPELLO, *sed postea peto dilationem ad solutionem faciendam*, Resp. ME HOC FACTO RENUNNCIASSE APPELLATIONI, ET SIC SENTENTIA TRANSIT IN REM JUDICATAM. ET GENERALIS HAC LEGE INFERTUR, EUM, QUI FACIT ACTUM CONTRARIUM SUO JURI, VIDERI TACITE RENUNCIARE SUO JURI.

Quì dal fatto posteriore al gravame, perchè contrario alla intenzione di persistervi s' induce la rinunzia al gravame medesimo; e che dirassi, allorchè la produzione del gravame è preceduta da fermo e deliberato proponimento di eseguire il giudicato, anzi dalla effettiva e reale esecuzione del giudicato medesimo? Esecuzione puramente volontaria a segno, che la parte vittoriosa non poteva che essa sola astringervi la succumbente! Forza è conchiudere, mancare i termini del paragone fra la disposizion della legge e la gravità delle circostanze, che nella specie concorrono.

Nello svolgere gli annali degli antichi e de' nuovi tribunali, non abbiamo potuto rinvenire caso che al nostro si assomigli da trarne argomento di analogia;

---

(1) *Legge 5, Cod. de re judicata.*

ma tutti offrono argomenti dal meno al più: conciosiacchè un solo, e men grave degli atti e fatti, che nella specie concorrono, si è avuto per bastevole a spegnere irremisibilmente il diritto al gravame, non ostante la protesta di volerlo produrre; ovvero ad introdurre la rinunzia ad esso, ove prima fosse stato prodotto.

Il presidente Fabro ci à tramandato una decisione veramente rimarchevole del Senato di Savoia. Un tale condannato a prestare il fondo controverso, ovvero una somma a scelta dall'attore, domandò che venisse prefinito un termine, entro il quale l' attore dovesse consumar la scelta, protestando formalmente, che ove si determinasse a volere il fondo, egli intendeva appellare dalla sentenza: l' attore scelse in effetti il fondo; ed il convenuto, coerentemente alla protesta avanzata propose l'appellazione: il Senato di Savoia dichiarò tardiva l'appellazione dopo quella iniziativa di esecuzione, comunque la protesta di appellare l'avesse accompagnata. *Sera est appellatio* (è la somma della decisione) *post secutam executionem, licet protestatio de appellando praecessesit.*

Non incresca di ascoltare i particolari del caso, e le ragioni che determinarono quel Senato con le precise parole del Fabro. *Condemnatus debitor ut actori fundum vel decem praestaret utrum actor eligeret, petierat in executione judicati ut victori tempus certum constitueretur ad eligendum*, *PROTESTATUS TAMEN SE A SENTENTIA APPELLATURUM, SI VICTOR FUNDUM ELIGERET. Placuit SECUTA ELECTIONE SERAM ESSE APPELLATIONEM, POSTEAQUAM CONSENTIENTE EO QUI CONDEMNATUS FUERAT, MANDATA ESSET EXECUTIONI SENTENTIA, NEC PRODESSE DEBERE PROTESTATIONEM APPELLANDI IN ID TEMPUS COLLATAM, QUO APPELLARI AMPLIUS NON POSSET.*

Itaque hoc casu, si quo unquam alio, LOCUM HA-

BERE QUOD VULGO JACTATUR, PROTESTATIONEM ACTUI CONTRARIAM NULLIUS OMNINO ESSE MOMENTI. *Ita Senatus in eadem causa* (1).

Un caso simile si presentò alla Corte Reale di *Nîmes*, e con decisione del 7 di maggio 1813 lo decise allo stesso modo.

Trattavasi, che la sentenza dei primi giudici aveva messo ad ozione de' convenuti, rilasciare tra quindici giorni alcuni fondi pertinenti ad una successione, o pure il loro valsente in danaro. Il vincitore intimò la sentenza, dopo un mese dalla sua pubblicazione, e sostenne esser decaduti i succumbenti dalla scelta tra i fondi o il valore di essi: per cui egli preferiva il secondo a' primi, e minacciò la esecuzion forzosa, protestando di appellare quando il caso lo esigesse: procedette anche ad un pignoramento.

In questo stato di cose i convenuti dichiararono la scelta pe' fondi: l' attore appellò dalla sentenza, ma l' appello fu dichiarato inammissibile. Eccone il ragionamento, soppressi per brevità i nomi delle parti:

» Atteso, che la sentenza fu intimata con precetto ai convenuti di eseguirla; che *ciò importa da parte dell' attore un' acquiescenza formale, di cui la riserva di appellare inserita nello stesso atto, non ha potuto distruggere lo effetto; essendo massima sicura, che la riserva contraria al fatto niente operi; che quest' acquiescenza risulta ancora più formalmente dalla contestazione che si è elevata sulla esecuzione della sentenza medesima, la quale è stata spedita da un secondo giudicato* (2).

L' osservanza degli assiomi intorno ai quali siamo,

---

(1) *Suo cod. tit. De appellat. Definit. XIV.*

(2) Vedete il testo della decisione presso DALLOZ, *Acquiescement.* sez. V. pag. 130.

trovasi costantemente proclamata in cento e mille altre decisioni, delle quali accenneremo le principali.

La Corte Reale di Parigi decise » Che quando si » prosegue l' esecuzione di un giudicato col precetto » preliminare e pignoramento di mobili, non siasi più » ricevibile ad impugnarlo, *comechè negli atti di ese-* » *cuzione se ne sia espressamente riserbato il diritto* (1).

La Corte Reale di Agen decise : » Che il paga- » mento delle spese importi acquiescenza ai giudicati » di condanna, *non ostante tutte le riserve di appel-* » *lare*, alloraquando questo giudicato non è eseguibile » provvisionalmente (2) «.

E lasciando le Corti Reali per elevarci ad un collegio di grado eguale a quello innanzi al quale siamo, indicheremo un classico arresto della Corte di Cassazione di Francia, fra i tanti, che ripetendosi l' un l' altro, non vi sarebbe utilità a tessere lungo catalogo. Eccone il tenore, per quanto riflette il fatto in disamina.

» Atteso, che l' appello de' resistenti al ricorso non » poteva essere ricevuto, poichè essi avevan fatto se- » guire la notificazione della sentenza al ricorrente, » con interpellazione di adempiervi, e di uniformarsi » a tutte le sue disposizioni.

» Atteso che, se le parti resistenti dopo l' in- » terpellazione fatta al ricorrente di eseguire il giudi- » cato, soggiunsero le parole *colle riserve e proteste* » *di fatto e di diritto*; queste proteste e riserve non » possono riguardare il diritto di produrre il gravame, » *poichè allora esse sarebbero state contrarie all' atto* » *che racchiudeva, e che le avrebbe rese inutili*;

» Che d'altronde *non si possono dare riserve effi-*

---

(1) 11 *marzo* 1814, *presso* Dalloz *al luogo citato*, *pag.* 140.
(2) 5 *giugno* 1815. Sirey *vol.* 25, *part.* 2, *pag.* 161.

» *caci , allorchè le medesime sono fatte in un atto ,*
» *che si avrebbe potuto dispensare dal fare , e che*
» *anzi si avrebbe potuto fare in un senso assolutamente*
» *contrario a quello , nel quale si è fatto* (1).

Prima ancora di un tale arresto gli autori del Repertorio avevano bellamente detto : » *Le proteste si* » *reputano inutili per colui , che avea la libertà di* » *agire diversamente da quello che ha fatto.*

» Per una conseguenza dello stesso principio , » *tutte le riserve contrarie alla sostanza stessa dell' at-* » *to , non sono di alcuna considerazione* (2).

Il diritto canonico è conforme perfettamente al diritto civile nella materia che ci occupa.

I dottori ricorrono comunemente al capitolo, *Cum M. Ferrariensis* delle Decretali di Papa Gregorio ; perciocchè la decisione di quel Pontefice è fondata sulla regola. *Quod protestatio non prodest illi qui facit contra ipsam protestationem* (3).

Assai più grave è il caso deciso nel capitolo *Sollicitudinem*, fra le Decretali del lodato Pontefice, sotto il titolo *De appellationibus* (4); e la sentenza adottata coincide col recato rescritto degl' Imperadori Diocleziano e Massimiano : *Sed si verbo vel facto* (chiude così il capitolo) *appellationem se velle prosequi protestetur : non est tamquam adversa petens , et sibi contrarius , audiendus.*

La Glossa nella somma esemplifica il caso a questo modo : *Si appellans ad superiorem comparet coram judice inferioris super concernentibus ipsam appel-*

---

(1) *Vedete il tenore dell' arresto presso le quistioni di diritto del Conte* Merlin *alla parola* Acquiescement , §. *V* , *num.* 1, *pag.* 37, *e* 38; *percorrete ancora il* §. *VII.*

(2) *Alla parola* Protestation.

(3) *De constitut. Cap. IX tit. II.*

(4) *Cap. LIV tit. XXVIII lib. II.*

lationem, ipsi appellationi renunciare videtur. Si autem protestatur quod propter hoc non intendit renunciare appellationi, tamquam contraria allegans, non est audiendus.

E va sempre più crescendo la forza della regola nel capitolo XX del titolo *De officio et potest. jud. del.* Quivi è deciso, che la semplice domanda di un differimento a produrre i testimoni innanzi al giudice, che à pronunziato la sentenza, dalla quale si è già prodotta appellazione, importa rinunzia all' appellazione medesima: *Et utrum is intelligat appellationi renunciasse, quod ea interposita, ad producendos testes inducias postulavit. . . . in secundo vero casu* (quello or ora citato), *videtur ab appellatione recessum, si secundum ea quae praemissa sunt, eum qui appellaverit constiterit processisse.*

Il chiarissimo Tomasio, in una disertazione sul tema, *De protestatione facto contraria*, si propone di ridurre a conclusioni generali tutta la materia.

Tre casi possono avvenire, dice il grande uomo: o la protesta sussegue, o accompagna, o precede l'atto contrario.

Nel primo caso non bisogna fermarsi molto per ravvisare la inutilità della protesta: *Protestatio, quae post factum morale fit, eique adversatur, nullum effectum habet.*

Nel secondo bisogna distinguere, se il diritto che sorge dall' atto e dal fatto, dipende dalla sola volontà di colui che protesta, ovvero è la legge, che per virtù dell' atto, o del fatto lo attribuisce ad altri: in quella ipotesi, la protesta distrugge l' atto, o il fatto, lungi dal rimanerne distrutta; ad esempio se per avventura taluno dica voler vendere, con protesta di non intendere trasferire il dominio al compratore; mutuare, colla protesta, che il mutuatario non usi del

danaro : là non esiste compra e vendita ; quì non esiste mutuo , e consegnata pure la moneta , si avrà un deposito.

Nell' altra raffigurata ipotesi, la protesta si reputa come non avvenuta , e fermo rimane contro l' autor dell' atto , o del fatto, il diritto che ne procede: *Protestatio in tali actu voluntatem nostram plene declarante (sive alias factum sit licitum , sive illicitum), interposita , est inefficax.*

Nel terzo ed ultimo caso , il fatto susseguente contrario alla protesta, è più operativo del fatto contrario concomitante ; perciocchè dà consistenza ed effetto , non solamente alle obbligazioni , che la legge da esso fa derivare ; ma ancora alle obbligazioni dipendenti dalla sola volontà di colui , il quale in siffatta guisa agisce : *Protestatio factum praecedens tollitur per factum subsequens contrarium , sive obbligatio veniat ex consensu , sive ex lege , SIVE FACTUM SUBSEQUENS PLENE DECLARET VOLUNTATEM, SIVE VALDE VEROSIMILITER* (1).

§. 4. Prosieguo dello stesso argomento - Esempio conforme della Corte Suprema al caso , che ne occupa - Parallelo tra l' arresto di Carabelli , e la seguela degli atti esecutivi fatti dal ricorrente marchese Cito.

Si distingue in materia di esecuzione di una qualunque pronunziazione del giudice la necessaria, dalla volontaria. La prima non porta seco acquiescenza. La seconda la include indispensabilmente. Perciocchè quella è l' effetto indeclinabile del precetto del magistrato. Questa è il voto spontaneo del libero proponimento. Nel primo caso chi ubbidisce al giudicato è un essere passivo. Nel secondo chi lo esegue volontariamente è

(1) *Dissertatio XXXXIII.*

fabbro assoluto delle proprie operazioni. Quindi se del Duca ricorresse in Corte Suprema, sarebbero attendibili le sue querele, e ricevibile il suo ricorso, e per nulla gli osterebbe l'esecuzione del deciso della G. C., poichè *ex necesse* lo avrebbe eseguito. Per Cito non v'à scusa, poichè era in lui eseguire, o impugnare la decisione. Bisognava produrre ricorso, e non eseguire per essere ascoltato utilmente. Ma quando à prediletto la esecuzione completa di quella, non può il suo gravame schiudesi l'ingresso in Corte Suprema.

Questo eminente collegio porge un esempio illustre dell' applicazione dei canoni di sopra riferiti nella causa tra il Commendatore Carabelli col Barone Ramignani decisa con arresto de' 27 di giugno del 1833.

Eccone il tenore.

QUISTIONE.

» Il ricorso del barone Ramignani è ricettibile?

» La Corte Suprema ha osservato, che la G. C. » civile degli Apruzzi con la impugnata decisione abbia risoluto il contratto di vendita dell'ex-feudo Atri, » e del palazzo con mobili del barone Ramignani stabilito con privata scrittura del 9 febbrajo 1814. Ne » ha però sospesa la esecuzione, quante volte il sig. » Ramignani tra mesi sei rendesse libero il fondo dalle » affezioni impostevi, e ne potesse eseguir la tradizione secondo i termini convenuti nella sinallagmatica » de' 9 febbrajo 1814.

» Ha osservato la Corte Suprema, che secondo » la cennata deliberazione era in libertà del barone » Ramignani, o di consentire alla risoluzione del contratto, o di adempiere alle obbligazioni impostegli » per conseguirne la sua fermezza, ed esecuzione.

» Egli però prescelse la risoluzione del contratto.

» Imperciocchè, spedita appena la decisione, egli la
» intimò al sig. Carabelli con precetto di rilasciar su-
» bito i fondi. È vero, che a tal precetto premise una
» protesta di volerne produrre ricorso nella Suprema
» Corte di Giustizia. Egli però la obliò subito, fa-
» cendo degli atti diametralmente opposti alla prote-
» sta. Ed in fatti egli s'immise subito nel possesso
» de' fondi, e n'esercitò gli atti dominicali, poichè
» costrinse avanti al regio Giudice un colono dell'ex-
» feudo, perchè gli somministrasse tutte quelle quan-
» tità del grano, che doveva per la colonia.

» Nè vale l'opporre di aver la G. C. con due
» decisioni annullati gli atti del possesso. Impercioc-
» chè la esecuzione di una decisione non dipende dalla
» qualità degli atti, che si esercitano, ma dalla vo-
» lontà. E questa non fu certamente distrutta dalle
» decisioni. Quello poi, ch'è più rimarchevole; lo stes-
» so Ramignani si oppose alla contumaciale della G.
» C. sostenendo la validità del suo possesso, ed in
» conseguenza ia esecuzione di quella decisione, che
» col ricorso ha impugnata. In fine egli produsse il
» suo ricorso nel 15 gennajo di questo anno, tempo
» in cui la G. C. degli Apruzzi non avea pronunziato
» ancora la nullità degli atti del possesso. Di quì è
» di esser sempre vero, che il gravame da lui pro-
» dotto fu in opposizione diretta di tutt'i fatti da lui
» eseguiti.

» Da tutto ciò chiaro risulta, che i fatti del sig.
» barone Ramignani distrussero la vaga sua protesta,
» fatta nell'intimar la decisione, e mai più ripetuta.
» Son costanti le regole della legge che le proteste con-
» tro ai fatti a nulla valgono. Le parole sovente non
» corrispondono ai pensieri. I fatti però manifestano la
» volontà vera dell'uomo.

» Per questi motivi la Corte Suprema ha dichia-

» rato irricettibile il ricorso del barone Ramignani.

Ponendo a confronto i fatti concorrenti nella causa di Carabelli co' nostri, ritroviamo nel caso, che ci occupa una influenza di circostanze maggiore di quelle, che deliberarono nella memorata controversia la severa censura della Corte Suprema.

Là si trattava di una scelta che far doveva Ramignani. Quì unica era la condanna profferita dalla G. C. civile, cioè il pagamento dei ducati 643. 84. Là si leggevano precise riserbe di gravami. Quì vaghe riserbe di ragioni. Là atti di dubbia spiegazione, comechè incoativi di esecuzione. Quì fatti chiarissimi di esecuzione, anzi esecuzione consumata, per avere ricevuto il Marchese Cito, non meno la somma, alla quale era stato condannato del Duca, ma pure le spese degli atti giuridici di esecuzione, senza verun ricordo di protesta, o riserba. In altri termini Cito vuole distrutta quella causa, della quale egli à goduto gli effetti. Cerca che si annulli a danno di del Duca quella decisione eseguita a suo vantaggio e da lui stesso spontaneamente. Si affatica per annientare col braccio della Corte Suprema l' atto del suo proprio volere, mescendo così il giusto ed il torto, ed affasciando in un viluppo errori, paradossi e contraddizioni a sol fine di cogliere un più lucroso profitto a danno altrui! . . . .

CAPO III.

Disamina del ricorso relativamente alla intrinseca sua giustizia.

§. 5. L' ipoteca di Cito è prescritta sopra il territorio ed il canone in Pietrabianca - Argomenti contro del ricorrente tratti dal giudicato, e della legge.

Sostiene il ricorrente che la sua ipoteca non sia prescritta sopra i fondi su mentovati. Fa base del suo ragionamento il principio, che non si prescrive contro di colui che non puè agire in giudizio. Egli nel 1825 soffrì la parziale evizione de' beni datigli in pagamento da di Martino nel 1810, quindi da quel momento, e non prima si sciolse lo impedimento, e da quel momento soltanto debbe cominciare a computarsi il decennio operativo della estinzione della impressione ipotecaria.

L' assunto però del ricorrente vien rifiutato e respinto, non meno dal giudicato, che dalle chiare disposizioni di legge.

Riduciamo alla mente nostra, che la G. C. civ. nella sua decisione de' 30 settembre del 1835 si propose, discusse, e decise la quistione della afficienza della ipoteca di Cito sul territorio e sul canone di proprietà di del Duca in Pietrabianca, e la dichiarò prescritta. Questa decisione disaminò anche l' altra disputa interessante, se cioè del Duca doveva rilasciare la casina, ovvero potesse esentarsi da questo dovere per averla in buona fede ricostrutta. Fu questo il capo di quella decisione che meritò un' avviamento interlocutorio di una perizia, limitata soltanto alla valutazione del suolo, e dei materiali antichi. Questa seconda controversia anche costituisce un giudicato, sì come più basso opportunamente osserveremo.

Egli è vero, che la prima decisione venne intimata da Cito con riserba nel 29 novembre di quell'anno 1835. Ma egli senza dolersene, procurò, volle, e si difese sopra la perizia ordinata, talmente che anche di questa ne conseguì gli effetti, sì come diffusamente abbiamo di sopra dimostrato.

Sembra a noi, che si possa ben produrre il rimedio straordinario contro delle decisioni intimate con riserba, ma quando però le cose rimangano intatte. Diversamente succede, allorchè nella stessa decisione evvi un'altra provvidenza, di cui si cerca e si ottiene l'eseguimento, senza mai fiatare sopra l'altro capo definitivamente deciso, e che fa parte della medesima decisione.

Ma a prescindere dalla forza del giudicato, erra il ricorrente riparandosi sotto lo scudo dell'art. 2163 delle LL. CC., il quale detta, che non corra la prescrizione riguardo ad un'azione per causa di garantia, sino a che abbia avuto luogo la evizione.

§. 6. Teoriche della materia - L'art. 2163 è scritto pel caso di potersi proporre un'azione, e non già di purgare il fondo dalle ipoteche.

Grande diversità intercede tra i rapporti diretti di creditore e di debitore, e quelli che ricorrono tra il creditore ed il terzo possessore. Tra i primi le cose vanno intese più rigorosamente, poichè si considera la contrattazione eseguibile di buona fede da coloro, che la consentirono. Trattasi là di azione da doversi istituire per cautela accessoria di un contratto di vendita, e nello interesse del venditore, che a quel regresso sta soggetto per espressa disposizione di legge; ma quì la bisogna procede diversamente. Il terzo possessore è straniero al contratto di promessa garantia. Il creditore per

garantia, come il creditor condizionale non sono nella incapacità di potere agire in giudizio, come ritrovansi i minori e le donne maritate, ma possono interrompere la prescrizione relativamente ai terzi, facendo degli atti conservatori a tal proposito.

In vero in più luoghi delle nostre leggi civili si rinvengono delle massime sostenitrici del nostro assunto.

L' articolo 1133 concede al creditore prima che siesi verificata la condizione, ESERCITARE TUTTI GLI ATTI, CHE TENDONO A CONSERVARE IL SUO DIRITTO.

Il che importa la differenza che crea la legge tra il proporre un' azione, e tutelare un diritto non ancora verificato. La prima richiede l' avvenimento del caso che sospende il diritto. Il secondo non trova ostacolo per assicurarne l' esperimento in tempo avvenire.

L' articolo 2018 permette anche sul *credito condizionale* di poter prendere la iscrizione sulla fede della valutazione della somma fattane dal creditore medesimo.

L' articolo 2042 §. 4 altro simile argomento ci fornisce al proposito, e ben molti altri ne somministrano quelli collocati sotto il capo del giudizio di purga, per effettuare il quale poco importa, che sieno i crediti *esigibili*, o *inesigibili* (1).

Nè l' opinione de' giureconsulti è difforme da questi principî.

Il Conte MERLIN (2), ed il TOULLIER (3) sviluppano magistralmente cotesta dottrina, la quale la riporteremo con l' espressione del dotto GRENIER. (4) *Questa disposizione* (egli scrive), cioè dell' articolo 2163 *uniforme alla L. 7 §. 4 Cod. de praescription.* 30,

---

(1) *Art.* 2083 *LL. CC.*
(2) *Questions de droit mot. Hypothéque §. XIII.*
(3) *Droit. civil. Français 2. edit. to.* 6. *n.* 527 *e* 528.
(4) *Traité des Hypotheques tom.* 2 *pag.* 460. *num.* 518.

vel 40 annor. à fatto sorgere la quistione di sapere, se i terzi detentori possono prescrivere l' ipoteca attaccata ad uno di questi crediti, prima che la EVIZIONE, *l' avvenimento del termine, o l' avveramento della condizione avessero aperto l' azione del creditore. Le leggi romane decidevano positivamente la negativa ; L. 5 §. 3 Cod. Communia de legat., e si poteva argomentare dalla novella 4 cap.* 1 *e* 2.

Ma queste leggi non erano punto osservate nella nostra giureprudenza, nella quale era principio costante che il terzo possessore prescriveva contro del garantito, prima della evizione, e contro il creditore condizionale pendente la condizione; perciocchè essi non si trovavano nella incapacità di agire, e che al contrario potevano intentare l' azione in dichiarazione d' ipoteca (1).

Cosa mai decidersi sotto l' impero del Codice? La quistione è stata dibattuta. Taluno à pensato che l' articolo 2257 *fosse assoluto, ed in conseguenza si è detto. La disposizione è generale, quanto alle cose, e quanto alle persone: essa stabilisce la sospensione della prescrizione a riguardo di tutti i crediti condizionali, ovvero a termine, e relativamente a tutte le persone impegnate nel debito, al terzo possessore, ugualmente che al debitore principale, mentre essa non offre eccezioni.*

Questa opinione è erronea. L'articolo 2257 EVIDENTEMENTE DISPONE TRA IL CREDITORE ED IL DEBITORE. IN EFFETTO LA CONVENZIONE PASSATA TRA DI LORO È STRANIERA AL TERZO: ESSA È A SUO RIGUARDO RES IN-

---

(1) *Lebrun. Liv. 4 chap.* 1 *num.* 83.
Rauss. Laconbe. Verbo praescript. sect. 2 *num.* 6.
Auraux de Pommiers tit. 3 *des praescript. art.* 23 *num.* 19.

TER ALIOS ACTA, *E NON GLI SI POTREBBE TOGLIERE IL DIRITTO, CHE TIENE DALLA LEGGE DI PURGARE MEDIANTE LA PRESCRIZIONE TUTTI I PESI REALI CHE AGGRAVANO LO IMMOBILE.*

IL CREDITORE CONDIZIONALE, O IN DIEM, *NON È COME IL MINORE, O LA DONNA MARITATA NELLA IMPOTENZA DI AGIRE. EGLI NON PUÒ INVOCARE LA MASSIMA* NON CURRIT PRAESCRIPTIO CONTRA NON VALENTEM AGERE. *PER CONTRARIO EGLI PUÒ AGIRE LIBERAMENTE. EGLI PUÒ FORMARE LA DOMANDA IN DICHIARAZIONE D'IPOTECA CONTRO IL TERZO POSSESSORE, IL QUALE NON GLI POTREBBE OPPORRE VERUNA ECCEZIONE, NEANCHE QUELLA NASCENTE DALL' ARTICOLO* 2170, *POICHÈ LA DICHIARAZIONE D' IPOTECA NON À PER OGGETTO DI FAR VENDERE L'IMMOBILE, MA SOLAMENTE DI FARLO DICHIARARE AFFETTO DALLA IPOTECA.* Vedete il num. 339. *L' ARTICOLO* 1180 *ACCORDANDO AL CREDITORE LA FACOLTÀ DI ESERCITARE TUTTI GLI ATTI CONSERVATORI DEL SUO DIRITTO PRIA CHE LA CONDIZIONE SI VERIFICHI, PRESUPPONE CHIARAMENTE, CHE IL TERZO POSSESSORE POSSA PRESCRIVERE:* PENDENTE CONDITIONE.

Cita quì l' autore la dottrina del TOULLIER nel luogo segnato da noi poco innanzi, e che per servire alla brevità abbiamo tralasciato dal riferirla.

L'avviso del GRENIER è gravissimo; perciocchè egli concorse in qualità di tribuno alla creazione di quello articolo e di tutto il Codice civile. E lo spirito di quell' articolo, che è l'identico del 2163 delle nostre leggi civili non fu diversamente concepito dai compilatori del Codice, sì come risulta dalle discussioni del medesimo (1).

Se vi si arrecasse una contraria intelligenza, non potrebbe porsi in armonia col disposto degli altri ar-

(1) *LOCRÉ. Legislat. de la France sul citato art.* 2257

ticoli, da' quali abbiamo tratti gli argomenti di analogia; e di più pugnerebbe ai principî generali del novello sistema tegislativo, i quali ammettono, anzi concedono gli atti di cautela, di conservazione, e di sorveglianza per la custodia di un diritto, abbenchè questo non si trovi nel punto di potersi proporre, o esercitare in giudizio. Queste similitudini si rilevano nelle varie materie contemplate dalle nostre leggi, e delle quali quì ne tornerebbe superfluo il ricordo.

Ma poi, comparando i tempi, il marchese Cito apparirà il più negligente uomo, che immaginar si possa. Posta la ipotesi che sino al 1825, epoca della verificata evizione fosse rimasa inoperosa la trascrizione di del Duca. Da questo momento però Cito era sciolto d'impaccio, e poteva interrompere la prescrizione decennale, che per del Duca cominciava dal 1816.

Egli bene ed utilmente avrebbe agito, comechè allora appena dalla trascrizione era decorso un novennio. Cito per opposto tenne un sistema diverso. Egli tacque per altri nove anni, e parlò la prima volta in luglio 1834; cioè a dire a capo di diciotto anni dal dì della trascrizione eseguita nel 1816.

Certamente, che se per del Duca non prevalessero le disposizioni della legge sinora riportate, si farebbe luogo alla congiunzione dei tempi, e si concluderebbe contro del creditore, che non avendo curato veruno atto di cautela per nove anni, mentre il suo diritto era in potenza, non volle praticarne nissuno per altri nove anni, quando il suo diritto era in atto, ed egli costituito nella piena facoltà di potere agire.

§. 7. Malamente il marchese Cito pretende, che la casina si esponesse venale - A questa pretensione osta il giudicato del 30 di settembre del 1835.

La G. C. civile, sì come depone essa medesima nell' ultima decisione de' 29 di agosto del 1836 profferì un giudicato solenne in quella di sopra indicata del 1835. Con questo giudicato dichiarò, che il palagio ricostrutto da del Duca sul suolo della piccola casina a Cito ipotecata nel 1787, non doveva rilasciarsi, nè esporsi in vendita.

Le quistioni piantate in quella decisione, e le considerazioni, che le illustrano e le risolvono fanno piena fede di questa verità.

La G. C. in allora, e mentre Cito instava vivamente, perchè la casina si rilasciasse; valutò nel fatto e nel diritto molte circostanze interessantissime.

Era dimostrato, che più perizie ebbero luogo negli anni andati sotto la presidenza del Regio giudice in occasione del crollamento dell' antica casina. Avvenimento, che assodò del Duca giuridicamente in contraddizione del limitrofo proprietario Duca di Cutrofiano.

A queste irrecusabili dimostrazioni di fatto si accoppieva la testimonianza preziosissima del Governo, che esentava dalla tassa fondiaria del Duca, appunto per lo *crollamento* della casina.

Il Governo parlò a questo modo: *Si certifica da me sottoscritto, qualmente con Real rescritto de' 29 luglio 1826 n. 383 1.° Carico, 2.° Ripartimento, il sig. Luigi del Duca fu abilitato a produrre reclamo per una riduzione d' imponibile* PER UNA SUA CASA CROLLATA IN COMUNE DI *S.* GIORGIO A CREMANO NEL LUOGO DETTO STRADA DUE PALAZZI *(perchè scorsi i fatali voluti della legge art. 42 del Real decreto de' 10 giu-*

gno 1817) *e godere della temporanea esenzione di tassa fondiaria promessa con l' art.* 9 *dello Real decreto. N.°* 176 *del* 1826 - *Napoli* 24 *ottobre* 1834 - *Salvatore de Gregorio.*

E si consideri sopra questo punto, che il Governo non rimette le imposte ad occhi chiusi, ma sì bene dopo scrupolose indagini, e replicate verificazioni praticate per lo mezzo dei suoi agenti. Cotesto metodo di assicurazione è stabilito, non meno col cennato Real decreto, che con le istruzioni sovranamente approvate, e tuttora in piedi della Direzione generale delle contribuzioni dirette.

In vista di un corredo di pruove così copiose ed indubitabili, la G. C. ritenne il fatto del crollamento della vecchia casina. E quì cade in acconcio ributtare un' attacco, che muove il ricorrente contro la decisione, e che si contiene in avergli niegato la G. C. la pruova per testimonî per far palese, che non mai la casina crollò, ma che in vece fu abbattuta a bello studio.

Innanzi tutto l' ammissione della pruova per testimonî è facoltativa del giudice, e se non si vede concessa, non può costituir mai un motivo di censura. Verità che poi diviene incontrastabile, quantevolte è stata niegata, meno per arbitrio, che per avere ritrovato il giudice del merito una pruova scritturale e permanente, che l' escludeva.

In questo caso sarebbe forse incolpabile la G. C., se in disprezzo di tali documenti sicuri avesse schiuso il varco all' esame testimoniale.

Ebbero i giudici del merito anche sotto gli occhi le perizie giuridicamente compilate in occasione della ipotecaria spinta contro dello stesso del Duca dal cav. Comi, dalle quali risultava, che sino a quel tempo lo speso di ricostruzione era in duc. 30500. Som-

ma ora quasi accresciuta del doppio pe' successivi megliorамenti, di che si è arricchito quello stabile, che sta sotto gli occhi di tutti, appena che vi si posi sopra lo sguardo.

§. 8. Valutazione di cotesti fatti nel Criterio della G. C. civile - Retta ed inemendabile applicazione della legge fatta a tal proposito.

La G. C. civile minutamente apprezzò questi fatti autentici e decisivi, dai quali ne dedusse una doppia conseguenza evidentissima, cioè che la ipoteca di Cito non più consisteva sopra la casina, perchè distrutta; e che non poteva rilasciarsi, e vendersi quella riedificata da del Duca, perchè scevra della antica impressione del pegno.

Si spinse avanti la G. C. civile, e con sagace discernimento accompagnato da molta bontà verso di Cito, meditò sopra le leggi regolatrici della materia.

Si persuase di niegare a Cito l'esperimento pieno della sua ipoteca sul fondamento, che estinta la cosa, l'ipoteca ed ogni altro diritto reale si spegne al dire di Marciano giureconsulto (1).

S' intrattenne poi sopra due' responsi di Paolo; il primo consegnato nella *L.* 21. *ff. de pignoratitia actione*, con la quale si decide che al creditore del pegno è soggetto anche il suolo sopra di cui era alzata la casa (2).

Ed il secondo, che costituisce la *L.* 29. §. 2. *ff. de Pignoribus et hypothecis*, nella quale espressamente si limita al suolo il diritto del creditore, e si

---

(1) *Sicut re corporali extincta, ita et usufructu extincto,* PIGNUS HYPOTHECAVE PERIT. L. 8. ff. *Quibus modis pignus, vel hypotheca solvitur.*

(2) *Domo pignori data, et area eius tenebitur: est enim pars eius: et contra jus soli sequetur aedificium.*

assoggetta costui a pagare al possessore quanto à speso in buona fede per la riedificazione dello stabile (1). Nè sfuggirono alla G. C. civile i dotti comenti tessuti a queste leggi da Giacomo Cuiacio (2), e da Antonino Neguzanzio, (3) i quali scrittori propongono, come mezzo che riunisca la giustizia per tutte le parti, di far rimanere le cose sì come stanno, e di condannare il possessore di buona fede al pagamento del valor del suolo dell'edificio rovinato. Nè può essere altra la risoluzione del dubbio, comechè concorrono due principî di giustizia.

Il primo, che il creditor pignoratizio abbia diritto sul suolo; ed il secondo, che il terzo possessore di buona fede debba riavere quanto à erogato nella riedificazione dello stabile.

Sotto questo punto di vista, non sono applicabili le teoriche in proposito delle megliorie fatte dal terzo possessore; perciocchè megliorare è diverso affatto dal ricostruire. Si meglìora la casa che esiste. E si ricostruisce la casa distrutta. Nel primo supposto il pegno consiste, ed il terzo possessore deve rilasciarlo, liquidando i miglioramenti.

Nel secondo il pegno è estinto, ed il terzo possessore ritiene il fondo, come cosa sua propria, e paga il prezzo del suolo, su di cui si è rifabbricata la casa.

---

(1) *Domus pignori data exusta est, eamque aream emit Lucius Titius et extruxit. Quaesitum est, de iure pignoris? Paulus respondit, pignoris persecutionem perseverare: et ideo ius soli superficiem secutam videri, id est, cum iure pignoris: sed bona fide possessores non aliter cagendos creditoribus aedificium restituere; quam sumtus in extructione erogatos, quatenus praetiosior res facta est, reciperent.*

(2) *Lib. 29 ad Edict. Pauli.*

(3) *De Pignoribus membr. 2. et 4.*

Questa seconda ipotesi è la specie della nostra causa. Se del Duca fosse stato obbligato a rilasciare, avrebbe certamente abbandonato, meno la casa che comperò, che quella che egli ricostruì. Assurdo veramente incompartevole!

Sulle norme di queste massime inconcusse, la G. C. civile nelle sue considerazioni ponderosissime, e da noi in qualche maniera illustrate, si determinò nel pensiero, che del Duca non dovesse rilasciare il fondo, ma soltanto pagare il prezzo dell' antico suolo, e dei vecchi arnesi.

Per giugnere al punto di precisare la condanna in certa somma ordinò una perizia, e non già per avere un' altro mezzo di convincimento per deliberarsi sopra le dimande, che sarebbero rimase invulnerate col mezzo istruttorio.

Per opposto la perizia era diretta come effetto necessario della premessa stabilita, che del Duca non doveva rilasciare la casina, ma pagare il prezzo del suolo della stessa.

In vero lo incarico dei periti si limitò alla pura valutazione materiale; ed in altri termini si ristrinse a far conoscere l'ammontare numerico del valor del suolo.

Se la quistione non fosse stata decisa in tesi dalla G. C. civile, e Cito avesse potuto ottenere dal suo competitore del Duca il rilascio della casina, a che si sarebbe desiderato di sapersi il prezzo del solo suolo di quella distrutta? La Gran Corte dunque statuì sul diritto di Cito, e sul dovere di del Duca, e quindi la sua decisione fu diffinitiva, e non interlocutoria, sopra questo punto; che anzi la parte interlocutoria era conseguenza del principio assunto e definito sul merito delle domande dell'attore, e delle eccezioni del convenuto contestate in giudizio. La decisione quindi

trascinava per necessità nella sua esecuzione quel *damnum irreparabile*, che forma la caratteristica differenziale delle sentenze, o decisioni nell'apparenza interlocutorie, ed in realtà definitive. In effetti il *damnum irreparabile* consisteva per Cito nel non potere la G. C. far più diritto al chiesto rilascio dello stabile, allorchè aveva bramato di sapere il prezzo del suolo della vecchia casina, ed al che soltanto aveva statuito, che fosse tenuto il terzo possessore del Duca, e per solo fine di spiegare la condanna in una somma certa.

Doveva Cito dolersi opportunamento co' rimedî di legge contro la prima decisione. Ma egli a prescindere di non averlo fatto, à tolerato di poi, che la perizia si facesse; ed à eseguito pienamente la seconda decisione, che l'à omologata, sino a riscuotere il prezzo definito dai periti, e che del Duca fedelmente gli à pagato dopo gli atti esecutivi spediti da Cito contro di lui, sì come a dilungo abbiamo di ciò in altro luogo ragionato.

§. 9. Una parola sopra la perizia.

Le prerogative eminenti della Corte Suprema non permettono intrattenersi sul criterio dei periti; perciocchè questo va abbandonato al giudizio dei giudici del fatto.

Ma piace avvertire, che a torto Cito si lamentò del prezzo valutato dai periti circa il suolo ed i vecchi materiali. Costoro misurarono il suolo, come era nel 1787, ma vi diedero prezzo a seconda del tempo attuale.

Valutarono anche i materiali per duc. 243. 80.

Or basti una sola riflessione fatta anche dalla G. C. civile per appalesare l'avidità del ricorrente. Costa nel fatto che tutta la casina, quando era in piedi, ed